# III.

## Ueber die Wirkung der erfüllten Potestativbedingung.

Von
Herrn Dr. **Windscheid,**
Professor in Basel.

I. In einer Abhandlung, welche ich im Herbste des Jahres 1851 als academisches Programm veröffentlicht habe, [1]) habe ich den Beweis zu führen gesucht, daß das, fast allgemein anerkannte, Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung wenigstens für die aufschiebende unbegründet sei, daß Vieles, was in den Quellen vorkommt, dagegen spreche und Nichts dafür, daß vielmehr alle diejenigen Sätze, auf die man es zu stützen pflegt, sich vollkommen aus der Gebundenheit des Willens, welche selbst bei der bedingten Willenserklärung (unter Lebenden) stattfindet, erklären. Ich nehme den Faden der Untersuchung, der in dieser Abhandlung aus äußeren Gründen abgebrochen worden ist, [2]) hier wieder auf, indem ich mich zur Betrachtung der Frage wende, ob jene Gebundenheit des Willens auch bei der potestativen Bedingung, d. h. (hier) derjenigen, die ohne den Willen dessen, der durch ihre Erfüllung verliert, nicht erfüllt werden kann, stattfindet. Von dem Standpunkte der herrschenden Auffassung aus lautet die Frage: hat auch die erfüllte potestative Bedingung rückwirkende Kraft?

Es ist bekannt, daß diese Frage mit demselben Einmuthe verneint wird, mit welchem das Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung im Allgemeinen behauptet wird.

1) Die Wirkung der erfüllten Bedingung. Basel, Schweighauser'sche Universitätsbuchdruckerei.

2) Vergl. daselbst S. 20. Note 1.

Ein von Trotsche[3]) erhobener Widerspruch (1843) ist, wie es scheint, unbeachtet geblieben; in der neuesten Zeit ist er aber von Schmidt von Dresden[4]) und von Wächter[5]) wieder aufgenommen worden. Ich nehme zu der Frage eine mittlere Stellung ein, und will dieselbe im Folgenden zu begründen versuchen.

Fassen wir sie sogleich in derjenigen concreten Gestalt, in welcher sie in den Quellen verhandelt wird. Ergreift das unter einer potestativen Suspensivbedingung übertragene dingliche Recht mit dem Eintritte derselben die Sache in derjenigen rechtlichen Lage, in welcher sie sich zur Zeit der Willenserklärung befand, oder werden ihm gegenüber die späteren Veräußerungen des Uebertragenden aufrecht erhalten? Und ebenso fällt das unter einer potestativen Resolutivbedingung erworbene dingliche Recht mit Erfüllung derselben so an den Uebertragenden zurück, wie er es übertragen hat, oder muß er die von dem bisherigen Inhaber in der Zwischenzeit gemachten Veräußerungen anerkennen?

Sehen wir nun vorerst von den Aeußerungen der Quellen noch ab, und suchen eine Entscheidung aus principiellen Gründen zu gewinnen, so kann diese meiner Meinung nach nur gegen die gemeine Meinung ausfallen. Freilich hängt es hier von der Willkür desjenigen, um dessen Dispositionen es sich handelt, ab, ob das dingliche Recht, welches er dadurch beeinträchtigt, erworben werden soll, oder nicht: aber deswegen ist er doch noch sehr weit davon entfernt, nicht gebunden zu sein. Denn wie Trotsche und Wächter mit vollem Rechte geltend machen, es hängt nicht von seiner reinen Willkür ab. Er kann den Erwerb des Rechtes auch nur durch Nichtvornahme der Handlung hindern, durch welche die Bedingung erfüllt wird; nimmt er sie vor, so muß er ihn geschehen lassen, und, wenn überhaupt, auch ungeschmä-

3) Gießener Zeitschrift XVIII. S. 101—108.
4) Daselbst, N. F. VII. S. 381 ff.
5) Würtembergisches Privatr. II. S. 702 Note 19, S. 717 N. 14.

lert. Könnte er seine Erklärung einfach zurücknehmen, und sich dadurch in die Lage versetzen, nun jene Handlung vornehmen zu dürfen, ohne daß sich die bezeichnete rechtliche Folge an sie knüpfte? Niemand wird das behaupten wollen. Also kann er auch nicht durch andere Handlungen bewirken, daß sie gar nicht oder nicht in ungeschmälerter Wirkung eintrete. Man denke nur an den Fall des Versprechens einer Conventionalstrafe; der Versprechende hat dafür ein Pfandrecht bestellt, die Entstehung desselben hängt von seiner Willkür ab; aber wird man behaupten wollen, daß er durch die Veräußerung der Pfandsache es dahin bringen könne, daß er nun die verbotene Handlung vornehmen dürfe, ohne daß der Gegner Sicherheit für die dann zu zahlende Strafe hätte?

Man hat es versucht, die Meinung, welche hier bekämpft wird, noch durch folgende Argumentation zu stützen. Kann Jemand ein Recht, welches er eingeräumt hat, willkürlich wieder vernichten? Gewiß nicht. Also kann er es auch nicht durch eine Handlung, deren Folge die Schaffung eines anderen, mit dem eingeräumten unverträglichen, Rechtes sein würde. Nimmt er diese Handlung daher vor, so darf derjenige, dessen Recht dadurch (ganz oder theilweise) vernichtet werden würde, dieselbe als wirkungslos betrachten; er darf behaupten, daß das mit dem seinigen unverträgliche Recht gar nicht geschaffen, mit anderen Worten, daß die Bedingung seiner Existenz gar nicht erfüllt worden sei. — Diese Argumentation mag für nicht unscheinbar erachtet werden; aber haltbar ist sie gewiß nicht. Sie vergißt eben das, was so eben nachgewiesen worden ist, daß bereits die erste Erklärung, wodurch ein bedingtes Recht eingeräumt wurde, trotz der Potestativität der Bedingung, eine Gebundenheit des Willens hervorgebracht hat. Was daher diese Argumentation von dem zweiten, dem unbedingten Erwerber aussagt, ist von dem ersten, dem bedingten wahr.[6]) Ihm kann der

6) So auch Trotsche a. a. O. S. 105.

Verleiher die rechtliche Lage, worin er ihn durch die zu seinen Gunsten abgegebene Erklärung versetzt hat, die Hoffnung, die Aussicht, in einem gewissen Fall ein Recht wirklich zu erwerben, nicht mehr verkümmern, und was er zu diesem Ende thut, ist nichtig. Was sein Verhältniß zu dem zweiten, unbedingten Erwerber angeht, so kann man zwar auch hier mit vollem Recht behaupten, daß er das demselben eingeräumte Recht durch Erfüllung der Bedingung eines andern nicht verkümmern dürfe; aber diesem Nichtdürfen entspricht hier nicht ein Nichtkönnen, — eben weil sein Wille, als er das zweite Recht einräumte, nicht mehr ungebunden war, und der zweite Erwerber nicht mehr erwerben konnte, als sich mit der früher gemachten Verleihung vertrug.

Entspricht nun aber das durch die bisherige Betrachtung gefundene Resultat auch den Aussprüchen der Quellen? Das soll jetzt untersucht werden.

Von der Gegenseite beruft man sich zuerst auf l. 3. D. quibus modis pign. 20. 6.

„Si res distracta fuerit sic: nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita, et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus lib. 5. Dig. ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata: quamquam ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet."

Diese Stelle darf keine Schwierigkeit machen. Denn in ihr ist nicht von einer Potestativbedingung die Rede, sondern von einer auf den reinen Willen des Erklärenden gestellten. Diese ist aber in der That gar keine Bedingung, weil auch die Willenserklärung, der sie hinzugefügt ist, eigentlich keine Willenserklärung ist. Dieselbe ist durch sie vollständig wieder zurückgenommen worden. Wer sagt: ich will, wenn ich wollen sollte, sagt in der That gar nicht, daß er wolle. Er ist daher so ungebunden, als wenn er gar keine Erklärung abgegeben hätte. Das gilt von der Suspensivbedingung si voluero, von der

es daher in den Quellen heißt, daß sie das Rechtsgeschäft ungültig mache, eben so aber auch von der auflösenden. Wer erklärt, daß das von ihm eingegangene Rechtsverhältniß wieder aufhören solle, wenn er wollen sollte, erklärt in der That einstweilen gar nicht, daß es wieder aufhören solle.[7])

Ferner wird von der Gegenseite die l. 11. §. 2. D. qui pot. 20. 4. geltend gemacht.

„Si colonus convenit, ut inducta in fundum, illata, ibi nata pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est, quod posterius factum est."

Aber auch diese Stelle ist nicht schwer zu beseitigen. Denn wenn gesagt worden ist, daß selbst die bedingte Willenserklärung binde, so ist dabei natürlich vorausgesetzt worden, daß sie sonst alle die Erfordernisse an sich trage, welche das Recht an eine bindende Willenserklärung stellt. Fehlt eins derselben, so bindet sie selbst dann nicht, wenn dasselbe später eintritt. Sie müßte denn gerade für den Fall, unter der Bedingung seines Eintretens abgegeben worden sein. Aber auch dann bindet sie nicht eher, bis dasselbe eingetreten ist. Durch die Verpfändung nun der inducta et illata wird kein bestimmter Gegenstand verpfändet. Es fehlt also hier der Willenserklärung eines der ersten rechtlichen Erfordernisse, ein Gegenstand. Sie ist auch nur abgegeben worden für den Fall, daß sie einen — durch die Illation — gewinnen sollte. Vorher also bindet sie den Verpfänder nicht, nicht weil es von seiner Willkür abhängt, ob sie einen Gegenstand gewinnen wird, oder nicht, sondern einfach, weil sie keinen hat.[8]) Dasselbe muß daher gelten, wenn es auch nicht von der Willkür des Verpfänders, sondern von irgend etwas Anderem, z. B. der Bezeichnung durch einen Dritten, oder auch durch den Gläubiger selbst, abhängt

7) In gleicher Weise Trotsche a. a. O. S. 106. 107.
8) Ebenso Trotsche a. a. O. S. 102.

was verpfändet sein solle. In der That legt auch die Stelle auf die Willkür des Verpfänders kein Gewicht. Sie sagt nicht: poterat enim non inducere, sondern „quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est, quod posterius factum est." Wovon der Sinn eben dieser ist: das Pfandrecht wird noch nicht begründet, d. h. der Wille des Verpfänders ist noch nicht gebunden (pignoris obligatio contrahitur, wie es in l. 4. D. quae res pign. 20. 3 heißt, vergl. l. 27. D. pro socio 17. 2., l. 40. D. de stip. serv. 45. 3., l. 8. pr. D. de peric. 18. 6.[9]) durch den abgeschlossenen Vertrag, der kein vollkommener Vertrag ist, sondern erst durch die seinen Mangel ersetzende Illation. — Anders wäre zu entscheiden, wenn es sich von der Verpfändung einer bestimmten Sache unter der Bedingung ihrer Illation handelte. Hier würde der Vertrag von Anfang an vollkommen sein, also den Verpfänder binden, und derselbe daher nicht im Stande sein, durch fernere Dispositionen das bestellte Pfandrecht zu schmälern.[10])

Auf diese Stellen also darf die Gegenseite sich nicht berufen. Aber es gibt andere, von denen ich sogleich hier erklären will, daß ich ihnen gegenüber keinen Ausweg weiß.

Zuerst l. 4. D. quae res pign. 20. 3. und l. 11. pr. (vgl. auch l. 1.) D. qui potiores 20. 3.

L. 4. cit. „Titius cum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei, et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit; deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam; quaesitum est, an et prius res venditae creditori tenerentur. Respondit, cum in potestate fuerit debitoris, post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempere pig-

---

9) S. meine oben citirte Abhandlung S. 16.

10) Dieser Unterschied wird häufig übersehen, so auch von Huschke Gießener Zeitschr. XX. S. 174. — Wie die Verpfändung der illata ist auch die des künftigen Erwerbes zu beurtheilen. Auf die Aeußerungen der Quellen über diese Verpfändung näher einzugehen, ist hier nicht der Ort.

noris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est, et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit."

L. 11. pr. cit. „Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis eum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit; poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam."

Nicht unscheinbar zwar ist Folgendes.[11] Ob die Verpfändung ein Pfandrecht erzeuge, hängt von demselben Umstande ab, von dem es abhängt, ob eine Obligation entsteht. Nun bedarf dieselbe hier, um zu entstehen, einer neuen Willenserklärung, daß sie entstehen solle, also auch das Pfandrecht, und der Erklärende ist auch hier wieder eben so wenig gebunden, als wenn er gar nichts erklärt hätte. Aber die Antwort ist doch eine sehr naheliegende: allerdings bedarf das Pfandrecht, um zu entstehen, einer neuen Willenserklärung des Bestellers, aber nicht die Erklärung, daß es entstehen solle. Diese, die Erklärung, daß verpfändet sein solle, ist ohne Mangel abgegeben worden; dasjenige, was zu ihr hinzutreten muß, damit das Pfandrecht Wirksamkeit gewinne, ist eine außer ihrer selbst liegende Handlung des Erklärenden, wie bei jeder Potestativbedingung. Daß hier durch diese Handlung zugleich erst ein juristisches Erforderniß der Möglichkeit des Bestehens des gewollten Rechtsverhältnisses geschaffen werden soll, kann keinen Unterschied machen. Denn wir erklären ja eben die bedingte Willenserklärung für bindend nicht, weil sie sogleich das Rechtsverhältniß, worauf sie geht, hervorbringt, sondern trotz dem, daß sie es nicht hervorbringt. Auch lehrt ein Blick auf die Stellen, die uns hier beschäftigen, daß sie den Grund ihrer Entscheidung nicht darin setzen, daß zur Zeit der Verpfändung noch keine Obligation bestanden habe, son-

11) Wie es scheint, kommt die Meinung von Trotsche a. a. O. S. 104. 108. darauf hinaus.

dern darin, daß keine ohne den Willen des Verpfänders entstehen konnte; so wie denn auch in l. 9. pr. D. qui pot. 20. 4. African nicht den mindesten Anstand nimmt, ein Pfandrecht von der Zeit der Verpfändung zu datiren, obgleich zu derselben nach seiner Annahme noch keine Verpflichtung vorhanden war.[12]) — Dies ist zugleich völlig entscheidend gegen die Art und Weise, wie sich Wächter gegen die genannten Stellen vertheidigt. Selbst seinen Standpunkt zugegeben, kann ich diese Vertheidigung nicht für gelungen halten. Er macht geltend, daß in dem vorliegenden Falle die Zurückbeziehung der erfüllten Bedingung deswegen wegfalle, weil kein Pfandrecht für eine Zeit bestanden haben könne, wo noch keine Obligation vorhanden gewesen sei. Wie gesagt, wenn das nur überhaupt, und gerade in den Stellen, mit denen wir es hier zu thun haben, die Auffassung der Quellen wäre! Wächter muß nach der seinigen behaupten, daß das für eine künftige Obligation bestellte Pfandrecht selbst dann nicht von der Zeit der Verpfändung datire, wenn die Entstehung der Obligation der Willkür des Schuldners entzogen sei. Huschke stellt diesen Satz in der That auf;[13]) auch er hat übersehen, daß die Quellen etwas ganz Anderes sagen.

Zu diesen Stellen kommt nun noch l. 9. §. 1. D qui pot. 20. 4 „Amplius etiam," sagt in derselben African, „sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postquam quidquam debere coeperit, si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit." Diese Stelle muß ich nun vollends für durchaus entscheidend erachten. Conditio, quae invito debitore impleri non possit — was für eine ist das? Schmidt[14]) sagt:

---

12) „Licet... eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quicquam pro conductione deberetur, tamen .... potiorem eius causam habendam."

13) Gießener Zeitschrift XX. S. 153. Auch das O. A. G. zu Lübeck hat ihn in einem Erkenntnisse vom 30. Juli 1846 (Seuffert Archiv II. S. 457) ausgesprochen.

14) A. a. O. 385.

die Bedingung si voluero, Wächter[15]): die Bedingung, daß man eine Schuld contrahiren sollte. Das Letztere würde uns nach dem zuvor Ausgeführten nicht weiter bringen; beides aber ist eine höchst gewaltsame Erklärung. Das sieht Jeder. Wenn Jemand von Bedingungen, die ohne den Willen des Schuldners nicht erfüllt werden können, ohne weiteren Zusatz spricht, so meint er nicht bloß bestimmte Bedingungen dieser Art.[16])

Nach allem diesem[17]) muß ich die Ueberzeugung aussprechen, daß die Quellen allerdings eine Gebundenheit des Willens bei der potestativen Bedingung nicht anerkennen. Ihre Auffassung ist keine andere, als diese: es kommt darauf an, ob das eingeräumte Recht ohne den Willen des Verleihenden, oder ob es nur durch den Willen desselben entstehen kann. Im letzteren Falle ist er ungebunden; und seine später gemachten Dispositionen gehen daher dem durch die Erfüllung der Bedingung wirklich entstehenden Rechte vor. Es muß angenommen werden, daß die römischen Juristen in der That von der Vorstellung ausgegangen sind, daß ein einmal unbedingt eingeräumtes Recht, wie überhaupt nicht durch die Willkür des Verleihenden, so auch nicht durch die Erfüllung der Bedingung einer früheren Verleihung zurückgenommen werden könne. Daß diese Anschauung

---

15) A. a. O. Note 19. Beides scheint zu vereinigen Trotsche a. a. O. S. 104.

16) Was die Worte „sub conditione creditorem," worauf sich Schmidt beruft, beweisen sollen, sehe ich nicht ein.

17) Ich stelle das pr. der zuletzt besprochenen l. 9. D. qui pot. 20. 4. nicht mit hierher; denn der nächstliegende Sinn der Worte, womit sie ihre Entscheidung begründet „quoniam tamen iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset" bleibt immer der: weil der Verpfänder das Verpfändetsein des Sclaven nicht mehr zurücknehmen konnte; obgleich sich allerdings auf der anderen Seite geltend machen läßt, daß der Sinn dieser Worte aus dem unzweifelhaften des §. 1. zu bestimmen, und daher so zu fassen sei: da der Verpfänder den Sclaven dem Pfandrechte nicht mehr entziehen, dasselbe nicht mehr nicht entstehen machen konnte.

principiell nicht haltbar ist, ist oben nachgewiesen worden, und ich sehe es als ein großes Verdienst Wächter's an, darauf aufmerksam gemacht zu haben, daß die Gebundenheit des Willens dadurch nicht ausgeschlossen werde, daß man das gewollte Rechtsverhältniß auch nicht entstehen machen kann. — Allerdings geschieht es mit großem Widerstreben, daß ich mich in diesen Gegensatz zu der Auffassung der Quellen setze. Aber: amicus Plato, magis amica veritas. Oder doch, was wir als solche erkennen. Und weiter kommen wir ja überhaupt nicht. Kann mich Jemand eines Besseren belehren, so will ich das dankbar anerkennen. Ich hoffe, es werden sich noch andere Stimmen über diesen Punkt vernehmen lassen.

Eins glaube ich mit Bestimmtheit behaupten zu dürfen, daß nämlich die Verpfändung für eine versprochene Conventionalstrafe auch bei der Auffassung der Quellen für eine den Willen bindende zu halten sei.[18]) Man wird davon ausgehen müssen, daß das Versprechen der Strafe hier nur die Verpflichtung verdecke, welche der Versprechende übernimmt, die mit Strafe belegte Handlung nicht vorzunehmen.

II. Es gibt eine große Zahl von Stimmen, welche von dem Satze, daß die potestative Bedingung die Gebundenheit des Willens ausschließe (nicht zurückbezogen werde), wieder eine Ausnahme in einem einzelnen Falle machen wollen. Es ist dies der der Verpfändung für eine künftig zu contrahirende Schuld, wenn der Verpfänder den Gegner zwingen kann, sich, durch eine Aufopferung, zu seinem Gläubiger zu machen. In diesem Fall soll das demselben bestellte Pfandrecht wieder durch keine spätere Disposition des Verpfänders mehr beeinträchtigt werden können. Ich will auch diesen Punkt noch einer näheren Betrachtung unterwerfen; man wird sehen, daß daraus noch neues Licht auf die zuvor behandelte Hauptfrage zurückfallen wird.

---

18) Für diesen Fall hat die rückwirkende Kraft der erfüllten Potestativbedingung bereits ein älterer Schriftsteller behauptet: Brusselius de conditionibus (Lovanii 1560) II. tit. 3. §. 15. 16.

Der Fall, in welchem diese Ausnahme von der Ausnahme behauptet wird, kann noch in verschiedenen Gestalten auftreten. Eine der gewöhnlichsten ist die, wo Jemand einem Anderen ein Pfandrecht zur Sicherheit eines Darlehns bestellt hat, welches derselbe ihm zu geben sich anheischig gemacht hat. Namentlich in der französischen Jurisprudenz ist die Frage in dieser Anwendung, und zwar mit spezieller Rücksicht auf die s. g. Credithypothek, d. h. die Hypothek, welche einem Banquier, der sich Jemanden zur Gewährung eines Credites verbunden hat, zur Sicherheit der ihm aus der wirklichen Entnehmung von Vorschüssen erwachsenden Ansprüche bestellt worden ist, verhandelt worden, und hat in derselben eine gewisse Celebrität erlangt. Andere Anwendungen der Frage sind etwa folgende: ein Gastwirth läßt sich die Lieferung von Victualien und Getränken, je nach Bedarf, versprechen, und bestellt eine Hypothek für die Schuld, die sich daraus ergeben wird.[19]) Oder ein Fabrikant für die Ansprüche, welche aus der Lieferung von Rohstoffen, die er sich hat versprechen lassen, gegen ihn entstehen werden.[20]) Oder es wird Jemanden eine Hypothek bestellt, der sich für die erst zu contrahirenden Schulden des Bestellenden verbürgt hat.[21]) Oder einem Procurator, der die von dem Bestellenden zu erhebenden Prozesse zu führen versprochen hat, zur Sicherheit seiner Gebühren und Auslagen.[22])

Der Grund, warum man in diesen und ähnlichen Fällen eine Ausnahme von der Regel der Nichtzurückbeziehung der erfüllten Potestativbedingung machen zu müssen geglaubt hat, liegt auf der Hand. Das Vermögen desjenigen, dem das Pfandrecht bestellt wird, ist hier der Disposition des Verpfänders anheimgegeben; und diesem sollte es freistehen, die Sicherheit, welche er Jenem für die ihm daraus erwachsenden Forderungsrechte bestellt hat, also diese Forde-

19) Voet ad tit. Dig. qui potiores §. 30.
20) Merlin Questions m. hypothèque §. 3. n. 1.
21) Heise und Cropp juristische Abhandlungen II. S. 419.
22) Merlin Répertoire m. hypothèque sect. I. §. 4. n. 1.

rungsrechte selbst in ihrem reellen Werthe zu verkümmern oder wohl ganz zu eludiren? Das ist nicht zu dulden.

Nun behaupte ich aber, daß, so berechtigt auch an und für sich das Gefühl sein mag, welches sich hier geltend macht, es doch dem Satze von der Nichtrückwirkung der Potestativbedingung (der Ungebundenheit des Willens bei derselben) gegenüber sich absolut nicht juristisch rechtfertigen läßt. Ist dieser Satz überhaupt wahr, so ist er auch ausnahmslos, auch in dem bezeichneten Falle, wahr. Ich will dies nachweisen, indem ich aufzeige, wie vollkommen sämmtliche Versuche, die fragliche Ausnahme ihm gegenüber principiell zu begründen, mißlungen sind.

In der Jurisprudenz, welche sich an das römische Recht anlehnt, finde ich keinen andern Gedanken als diesen:[23]) der Schuldner hat dem Gläubiger ein nicht mehr zu verkümmerndes Pfandrecht versprochen, und deswegen muß dieser ein solches Pfandrecht haben. Nun braucht aber wohl kaum noch gesagt zu werden, wie vollkommen ungerechtfertigt dieser Schluß ist. Es folgt aus jenem Versprechen auch nur, daß der Schuldner dem Gläubiger ein solches Pfandrecht verschaffen oder ihm sein Interesse prästiren müsse, keineswegs aber, daß die Dispositionen, wodurch er sich in die Unmöglichkeit versetzt, es zu erfüllen, ungültig seien. Wenn ich verpflichtet bin, dem A. das Eigenthum meiner Sache zu übertragen, und ich übertrage es dem B., wird dann B. nicht Eigenthümer? Es ist also bei dieser Argumentation in handgreiflicher Weise das obligatorische Recht mit dem dinglichen verwechselt worden. Wohl am Nacktesten tritt der Trugschluß, den sie macht bei Puffendorf[24])

23) Cuiacius (lib. VIII. ad Papin.) bleibt, ohne sich näher zu erklären, dabei stehen: das Pfandrecht beginnt mit der „contracta obligatio," weil der Gläubiger zahlen muß; „atque ideo tempus contractae obligationis pro numeratione est, quia non potest non sequi numeratio." Glück (XIX. 327) verwechselt, wie es scheint, die Gebundenheit des Pfandgläubigers mit der des Pfandbestellers.

24) Observationes iuris, obs. 168.

auf. Obgleich, sagt er, das Pfandrecht, welches Jemand, der auch nicht Schuldner werden kann, bestellt hat, anderem später bestellten Pfandrechte an und für sich nachsteht, „tamen haud immerito aliud dicendum est, si ius compellendi creditorem penes debitorem iam existit. Neque enim sine creditoris iniuria ius compellendi potest habere, nisi ex eadem conventione et obligatione creditori ius suum invicem reddat. Quod si vero creditori suum quoque reddere debet, — hier liegt der Fehler, und er versteckt sich hinter dem zweideutigen Ausdruck suum reddere, — non potest, quamdiu sibi ius compellendi vindicat, pignoris causam in creditoris incommodum deteriorem facere.“ Ferner gehört hierher Gesterding:[25]) „Ist der Gläubiger vollkommen verpflichtet, seinem Versprechen ein Genüge zu leisten, so daß es nicht von seinem Willen abhängt, ob er Gläubiger werden will, so haben die Gesetze es billig gefunden, daß das Pfandrecht von der Zeit der Bestellung, und nicht erst von der Zeit der contrahirten Hauptschuld anhebe, ohne daß es in diesem Falle weiter darauf ankommt, ob es in der Macht des Schuldners stehe, auch nicht Schuldner zu werden. Der Gläubiger hat das Versprechen, wodurch er zum Gläubiger werden soll, im Vertrauen auf die Sicherheit geleistet, welche das Pfand gewährt, was der künftige Schuldner ihm für seine künftige Forderung eingesetzt hat, und während es in die Macht des Schuldners, oder vielmehr desjenigen, der es werden soll, gegeben ist, ihn zu nöthigen, sein Versprechen zu erfüllen, darf es demselben nicht erlaubt sein, die Sicherheit, auf welche der Gläubiger baute, zu schmälern, oder sie ihm ganz zu entziehen. Wie unbillig würde es nicht sein, wenn der Schuldner, oder der es sein wird, welcher den Gläubiger zwingen kann, sein Wort zu halten, von seiner Seite zum Nachtheil des Gläubigers die verpfändete Sache Anderen verpfänden, oder sie veräußern dürfte, ohne daß sie mit der Last eines noch nicht darauf haftenden Pfandrechtes auf den neuen Er-

25) Pfandrecht S. 45.

werber überginge, — wenn es ihm also gestattet wäre sein Wort zu brechen; das dürfte er aber, finge das Pfandrecht erst mit dem Augenblicke der wirklich contrahirten Schuld an, indem er sich die Zwischenzeit zu Nutzen machte, allerdings. Darum also fängt das Pfandrecht in diesem Fall schon von dem Augenblicke der Bestellung an." Dasselbe sagt, nur kürzer, Vangerow.[26]) „Es wäre ja die schreiendste Unbilligkeit, wenn der künftige Schuldner, welcher den Gläubiger jeden Augenblick zwingen kann, sein Wort zu halten, von seiner Seite zum Nachtheil des Gläubigers die verpfändete Sache veräußern oder weiter verpfänden könnte." Auch bei Cropp[27]) findet sich dieselbe Anschauung, nur etwas anders gewendet. Cropp stellt Alles auf den Zweck des Geschäftes, welcher erfordere, „das Pfandrecht sofort und schon vor Vollziehung der obligatio eintreten zu lassen." Sonst würde der Gläubiger in der That Sicherheit nicht haben. Also wieder derselbe Fehlschluß: weil der Schuldner dem Gläubiger vollkommene Sicherheit versprochen hat, kann er ihm dieselbe durch seine Dispositionen nicht mehr entziehen. —

Der französischen Jurisprudenz, welche, wie bereits bemerkt wurde, diese Frage mit besonderer Rücksicht auf die dem Banquier für versprochene Vorschüsse bestellte Hypothek behandelt, ist hier eine fast ausschließliche Richtung von vorne herein durch Folgendes gegeben. Sie hat Zweifel nicht blos an dem Range dieser Hypothek, sondern auch an ihrer Gültigkeit. Denn der Code civil hat dem Satze des römischen Rechtes, daß die Bedingung si voluero den Vertrag ungültig mache, aus Mißverständniß den Ausdruck gegeben, daß die potestative es thue. So richtet sie alle Kraft darauf, nachzuweisen, daß die Hypothek des Banquier nicht unter einer potestativen Bedingung bestellt sei. Damit hat sie denn — nach ihrer Auffassung — auch bewiesen, daß sie zurück-

---

26) Leitfaden II. S. 763.

27) Heise's und Cropp's juristische Abhandlungen II. Nr. 15.

bezogen werden müsse. Nach unserer Auffassung würde sie damit bewiesen haben, daß hier gewiß von einer Ungebundenheit des Willens nicht die Rede sein könne; — man wird nur neugierig sein, die Gründe zu erfahren, aus denen die Credithypothek nicht für eine Hypothek unter einer Potestativbedingung gehalten werden darf. Persil[27]) antwortet: weil im Handel Alles berechnet ist; ja wer weiß, ob nicht der Creditnehmer schon zur Zeit des eröffneten Credits über die Fonds des Creditgebers verfügt hatte. Das Letztere verdient natürlich gar keine Beachtung; mit dem Ersteren ist wohl gemeint: der Creditgeber hat darauf gerechnet, daß seine Fonds werden benützt werden, also ist der Creditnehmer dazu verpflichtet. Was Pardessus geradezu ausspricht.[28]) „Il est intervenu un véritable contrat synallagmatique, dans laquelle chacun a contracté envers l'autre une obligation, dont celle souscrite envers lui est la cause.“ Der Creditgeber ist verpflichtet, die vereinbarte Summe zu liefern, der Creditnehmer „à son tour a contracté envers le banquier non pas une obligation éventuelle pour la restitution des sommes, qu'il prendra chez lui, mais une obligation principale de prendre à l'intérêt convenu telle somme dans tel délai; en cas d'inexécution il peut être poursuivi en dommages et intérêts. Son obligation n'est donc pas purement potestative, parcequ'il ne peut impunément s'y refuser.“ Dieselbe Ansicht hat Duranton[29]), obgleich er sich weniger bestimmt ausdrückt. „On ne peut pas absolument dire, qu'il (der Schuldner) était obligé d'abord sous une condition purement potestative de sa part: car au

27) Questions I. p. 164 ss. Bei demselben findet sich auch der Gedanke, daß der Banquier eine unverkümmerte Hypothek haben müsse, weil sie ihm versprochen worden sei.

28) Cours de droit commercial II. n. 1137.

29) XIX. n. 245. Er beruft sich außerdem auf das Bedürfniß des Handels, dem Credit nothwendig sei, was natürlich nichts beweist.

contraire la convention avait eu lieu aussi dans l'intérêt du capitaliste.“ Ich weiß nicht, ob es nöthig ist, noch ausdrücklich zu bemerken, daß aus dem Angeführten eine Verpflichtung des Creditnehmers, Vorschüsse wirklich zu entnehmen, sich keineswegs ergibt. Wäre sie aber auch vorhanden, so wäre damit nicht das Mindeste gewonnen. Die Existenz der Hypothek würde deßwegen nicht weniger von seinem Willen abhängen, weil er sich verpflichtet hätte, diesen Willen zu haben. Wer verpflichtet ist, seinen Willen zu binden, hat ihn deßwegen noch nicht gebunden.[30]) — Eine andere, in der französischen Jurisprudenz sehr verbreitete Auffassung ist diese: wie kann die Verbindlichkeit des Creditnehmers eine potestative sein, da die des Creditgebers es nicht ist? Eigentlich steht diese Auffassung noch niedriger, als die zuvor zurückgewiesene; denn diese letztere versucht es doch wenigstens, einen Grund anzugeben, warum die Verbindlichkeit des Creditnehmers keine potestative sei, während jene einfach dabei stehen bleibt, daß sie es nicht sein könne, weil sonst der Gläubiger sich in einem unbilligen Nachtheil gegenüber dem Schuldner befinden würde. Doch drängt sich auch die Idee des zweiseitigen Vertrages (obligation réciproque) ein, die wir schon bei Pardessus kennen gelernt haben. Hier wird sie nur anders gewendet. Die Verbindlichkeit, welche der zweiseitige Vertrag für den Creditnehmer erzeuge, wird nicht darin gefunden, daß er den Vorschuß entnehme, sondern darin, daß er den genommenen restituire. Nun wird geschlossen: in einem zweiseitigen Vertrage kann nicht bloß Einer gebunden sein; also, da der Creditgeber es sogleich ist, ist der Creditnehmer es ebenfalls. Also auch ohne Entnehmung eines Vorschusses? Nein, das will man doch auch nicht. Warum sagt man denn nicht: da der Creditnehmer nicht gebunden ist, ist es der Creditgeber auch nicht? Und soll

30) Diese Verwechslung findet sich auch bei Vangerow Leitfaden I. S. 762—764.

ich es erst noch aussprechen, daß das gar kein zweiseitiger Vertrag ist, wenn Einer einen Vorschuß verspricht, und der Andere dessen Restitution, daß das zwei einseitige sind? — Hierher gehört das Urtheil des Cassationshofes vom 26. Januar 1814 und dazu die Abhandlung von Sirey[31]), ferner die Urtheile der Appelhöfe von Lüttich 28. Juni 1823[32]), Douai 17. Dezember 1833[33]), Aix 29. Mai 1841.[34])[35])

Diese unglückliche Idee des zweiseitigen Vertrages beherrscht auch die rheinpreußische Jurisprudenz. Namentlich vertritt sie der Verfasser einer sonst verdienstvollen Abhandlung im Rheinischen Archiv.[36]) Nur hat er denn doch Anstoß daran genommen, den Creditnehmer so ohne Weiteres für sofort gebunden zu erklären. Daher soll der zweiseitige Creditvertrag sogleich nur dann vorhanden sein, wenn auch der Creditnehmer zur Entnehmung des Geldes verpflichtet sei. Sei er es aber nicht, so trete auch eine Verbindlichkeit des Creditgebers erst mit der Forderung des Vor-

31) In der Sammlung von Devilleneuve und Carrette IV. 1. 521. In dem entschiedenen Fall handelte es sich übrigens unmittelbar nur um die Gültigkeit der Credithypothek, da die andere, welche mit ihr stritt, nach der Realisation des Credits inscribirt war.

32) Dev. und Carr. VII. 2. 236.

33) Daselbst Jahrg. 1834. 2. 279.

34) Daselbst Jahrg. 1841. 2. 520.

35) Gar keinen Grund geben an folgende Urtheile: Paris 20. August 1841, 30. März 1842 (das. Jahrg. 1841. 2. 541, Jahrg. 1843. 2. 113 — in dem hier entschiedenen Fall war übrigens der Gläubiger nur verpflichtet gewesen, Vorschüsse „à sa satisfaction“ zu geben), Agen 3. Januar 1845 (das. Jahrg. 1845. 2. 405). Das Urtheil des Hofes von Caen (das. Jahrg. 1842. 2. 488.) setzt nur voraus, daß die Credithypothek Datum vom Tage ihrer Inscription habe. — Sehr unbefriedigend ist Grenier (traité des hypothèques I. n. 22 ss.). Zuerst lehrt er, daß der Rang der bedingten Hypothek sich durch die Inscription bestimme, wenn der Schuldner gebunden sei, dann gibt er für den Vorrang der Credithypothek die Gebundenheit des Gläubigers — ohne weiteren Nachweis — als Grund an.

36) XXVIII. 2. B. S. 3—32. Vergl. übrigens auch Note 51.

schusses ein. Und damit denn auch seine, des Creditgebers, Verpflichtung. Man wird sagen, und man hat gesagt: wie, der Creditgeber sollte erst verpflichtet werden, wenn die Erfüllung seiner, unbedingt eingegangenen, Verpflichtung von ihm gefordert wird? Aber es wird sich unten zeigen, daß von dieser Seite gegen die Ansicht des Verfassers durchaus nichts einzuwenden ist; das Schlimme ist nur, daß er durch diese Wendung der ganzen Frucht seiner Idee wieder verlustig geht: Denn nun hängt ja doch wieder die Verbindlichkeit des Creditnehmers von einer für ihn potestativen Bedingung ab. Nein, sagt zwar der Verfasser, nicht die des Creditnehmers, sondern die des Creditgebers. Aber macht denn nicht diese jene entstehen? Und so sieht sich denn der Verfasser zuletzt geradezu zu der Behauptung gedrängt, daß nach französischem Rechte auch der potestativen Bedingung rückwirkende Kraft zukomme.[37]) Dem gegenüber sind denn die Urtheile des Cassationshofes vom 6. December 1841 und vom 16. December 1844[38]) einfach zu der Idee des zweiseitigen Vertrages zurückgekehrt, obgleich dieselbe in dem letzteren weniger betont, und in dem ersteren die Gegenleistung des Creditnehmers weniger in seiner Restitutionsverbindlichkeit als in der von ihm bestellten Sicherheit gefunden wird.[39])

Habe ich zu viel gesagt, wenn ich alle diese Versuche, die bevorzugte Stellung der Credithypothek und der übrigen in gleicher Lage befindlichen Hypotheken gegenüber der Regel von der nichtrückwirkenden Kraft der Potestativbedingung (der

---

37) Er beruft sich darauf, daß der Art. 1179 des C. c. sie nicht ausschließe.

38) Rhein. Archiv XXXII. 2. A. 17., XXXVIII. 2. A. 33.

39) Doch beruft sich dieses Urtheil zugleich auf den Art. 1179 (rückwirkende Kraft der erfüllten Bedingung). — In dem Antrage des Staatsanwalts, der dem Urtheile des Appellationsgerichtshofes zu Cöln vom 14. Mai 1840 vorhergegangen ist (Archiv XXIX. 1. 256), tritt auch die Idee auf, daß die Verpflichtung des Creditnehmers deßwegen keine Verpflichtung unter einer potestativen Bedingung sei, weil, ob er einen Vorschuß entnehme, von den Verhältnissen des Handels abhänge, wenn er aber einen entnehme, er ihn bei dem Creditgeber entnehmen müsse.

Ungebundenheit des Willens bei derselben) zu rechtfertigen, vollkommen mißlungen genannt habe[40])? — Und doch, behauptet man nun ferner, soll dieselbe in einer Stelle des römischen Rechtes ausdrücklich anerkannt sein. Wie verhält es sich damit?

Diese Stelle aus dem 8. Buche der quaestiones des Papinian, in den Digesten die l. 1. pr. qui potiores 20. 4., lautet:

„Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit; subsecuta deinde pro parte numeratione, maritus eandem rem pignori alii dedit: mox residuae quantitatis numeratio impleta est. Quaerebatur de pignore. Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem qui dotem promisit compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis. Nec probe dici, in potestate eius esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur."

Gegen die Beweiskraft dieser Stelle darf nun nicht gesagt werden, daß sie von einem Verpfänder, in dessen Willen es gestanden habe, auch nicht Schuldner zu werden, gar nicht handele. Zwar ist es naheliegend, ihren Schluß (nec probe dici etc.) in dieser Weise zu verstehen, denselben also auf den Verpfänder zu beziehen, und seit der Glosse haben das Viele gethan.[41]) Aber in der neueren Zeit ist diese

40) Soll ich noch des fast verzweifelten gedenken, den das Urtheil des Appellationsgerichtshofes zu Cöln vom 17. April 1845 (Archiv XXXVIII. 1. 250) gemacht hat? Dasselbe beruft sich einfach auf den Satz, daß die Hypothek Rang von dem Tage ihrer Inscription habe. Da wäre es ja leicht, auch der für eine richtige Verbindlichkeit bestellten Hypothek Gültigkeit zu verschaffen.

41) Donellus de pignoribus c. 12, Brusselius de conditionibus lib. II. tit. 3. §. 16., Bachovius de pignoribus lib. IV. cap. 2. §. 3., Averanius interpret. lib. II. cap. 12. n. 10—12.) Voet ad tit. Dig. qui pot. §. 30., Merlin Questions m. hypothèque §. 3. n. 2, Répertoire m. hypothèque sect. I. §. 4. n. 1., Westphahl Pfandrecht S. 217, Tigerström Dotalrecht II. S. 423 Note 1, Urtheil des Appellationsgerichtshofes zu Cöln vom 14. Mai 1840 (Rhein. Archiv XXIX. 1. 250.)

Erklärung fast allgemein aufgegeben worden, und nur weil ihr in der allerneuesten wieder eine so bedeutende Autorität, wie die Wächter's [42]), zur Seite getreten ist, widme ich ihrer Widerlegung hier eine Note. [43]) Uebrigens ist dasje-

42) Würtemb. Privatrecht II. S. 705. Note 22 a. E. Ich sehe allerdings nicht ein, wie er nach seinen Grundsätzen aus der Verpflichtung des Verpfänders (wem gegenüber?) den Vorzug des von demselben bestellten Pfandrechtes herleiten will.

43) Man behauptet, mit den Worten „nec probe dici etc." wolle Papinian sagen, daß der Mann verpflichtet sei, durch Einforderung des rückständigen Theils der dos die Verpflichtung auch zu dessen Zurückgabe zu contrahiren. — Aber zuerst: wie will man diese Verpflichtung beweisen? Man beruft sich darauf, daß auch die Ehefrau dabei interessirt sei, daß der Mann eine dos habe, und bezieht darauf die Worte: ut minus dotata mulier esse videatur." Aber der hauptsächlichste Grund, aus dem sonst die Frau dabei interessirt ist, daß der Mann eine dos habe, weil dieselbe nach aufgelöster Ehe an sie fällt, findet hier nicht Statt (Averanius interpr. lib. II. c. 12. n. 12 meint zwar, wer sich die Rückgabe einer gegebenen dos ausbedinge, thue das sehr häufig nur für einen gewissen Fall); und was man sonst für dieses Interesse anführt (Averanius l. c.: die undotirte Frau hat Mißachtung des Mannes und Scheidung zu fürchten; Glück XIX. S. 329: hauptsächlich durch die dos unterscheidet sich die Frau von der Concubine; Merlin l. c.: die Früchte der dos kommen auch der Frau zu Gute), vermag doch eine Verpflichtung des Mannes, die Möglichkeit, sich eine dos zu verschaffen, nicht unbenutzt vorübergehen zu lassen, nicht zu begründen. Mit welcher Klage sollte denn die Frau dieselbe geltend machen, da sie nicht einmal eine auf Alimentation hat? — Zweitens aber — und dies ist eben der bisher nicht geltend gemachte Grund — bestände auch diese behauptete Verpflichtung des Mannes: hinge es deßwegen weniger von seinem Willen ab, ob er Schuldner werden wolle, oder nicht? Nach dem oben im Texte Gesagten bedarf dies keiner näheren Ausführung. — Also kann Papinian mit diesen Worten nicht haben sagen wollen, daß der Mann Schuldner werden müsse; sie sind auf den Besteller der dos zu beziehen. Wenn man sich dagegen auf den Ausdruck „reddere" beruft, so ist auf l. 21. D. de leg. 2. 31. zu verweisen; macht man geltend, daß nicht einzusehen sei, wie Papinian es für nöthig habe erachten können, noch einmal zu sagen, daß das Dotalversprechen auch erfüllt werden müsse, so ist darauf zu antworten: 1) daß diese Schwierigkeit durch die bei der gegentheiligen Erklärung in dem fast unerträglichen Wechsel der Subjekte (man muß auch

nige, was mir das Entscheidenste zu sein scheint, gegen sie noch nicht gesagt worden. — Wir geben also bereitwillig zu, daß der Schlußsatz der Stelle nur wiederhole, was in derselben vorher schon gesagt worden ist, daß der Besteller der

§. 1. der Stelle hinzunehmen) entstehende reichlich compensirt werde, 2) daß sie sich wenigstens vermindere durch die Betrachtung, daß hier derjenige, der die dos zahlen muß, auch derjenige ist, der sie zurückbekommt. Papinian also, muß man annehmen, hat darauf aufmerksam machen wollen, daß er deßwegen nicht weniger zahlen müsse. So auch Huschke in der Gießener Zeitschrift XX. S. 156, der nun wieder das Interesse der Frau hineinbringt, da doch das Recht des Mannes Alles erklärt. Was Cropp (in Heise's und Cropp's juristischen Abhandlungen II. S. 423), zur Beseitigung dieser Schwierigkeit sagt, ist in keiner Weise zutreffend. „Das Bedenken, welches sich Papinian hier macht, erscheint denn auch allerdings als ein sehr natürliches, indem unter anderen Verhältnissen der Gläubiger gewiß mit der versprochenen Auszahlung einhalten, und der Klage des Schuldners auf Erfüllung die doli exceptio entgegensetzen könnte, wenn derselbe ihm die zugesagte Sicherheit durch anderweitige Verfügungen über das Pfand zu vereiteln suchte. Einen solchen Einwand achtet nur aber in unserem Falle Papinian wegen der Dotalverhältnisse für unstatthaft." Ich verstehe das nicht. Die exceptio doli könnte der dotis promissor doch nur in Anspruch nehmen, wenn ihm der Mann die versprochene Sicherheit nicht mehr zu geben im Stande wäre. Nun wird ja aber in unserer Stelle im Gegentheil versichert, daß das bei der promissio dotis bestellte Pfandrecht durch weitere Verpfändungen des Mannes nicht mehr verkümmert werden könne.

Es mag noch die Anführung nicht ohne Interesse sein, daß Merlin (Répertoire a. a. O.) nicht nur dann die Bedingung der Hypothek für nichtpotestativ erklärt, wenn der Schuldner obligirt sei, sich zum Schuldner zu machen, sondern auch schon dann, wenn es nach Lage der Umstände nicht von ihm verlangt werden könne, daß es nicht thue. So in dem Falle, wenn Jemand einem Procurator die Führung aller Prozesse, die er bei einem gewissen Gerichte erheben werde, übertragen und ihm zur Sicherheit seiner daraus entstehenden Forderungen eine Hypothek bestellt habe: „Comme on vient de voir par la loi 1. D. qui pot., ce n'est pas à la lettre, c'est dans un sens moral, que l'on doit entendre les textes, qui décident, que l'hypothèque subordonnée à une condition potestative ne naît et ne doit dater que du jour, où la condition est remplie. Certainement il ne m'est pas aussi libre de ne pas plaider, lorsqu'on m'attaque et qu'on enfreiht mes droits, qu'il me l'est de recevoir ou de ne pas recevoir l'argent, qu'on s'est offert de me prê-

dos zur Auszahlung auch des rückständigen Theils derselben gezwungen werden könne. Also, wird man sagen, ist das der Grund ihrer Entscheidung, und sie spricht in der That gerade das aus, was durch sie bewiesen werden soll. Ich läugne nicht, daß das scheinbar ist; ich gebe sogar zu, daß wir keine Veranlassung haben würden, nach einer anderen Erklärung zu suchen, wenn sich jener Satz prinzipiell rechtfertigen ließe. Aber, da das, wie gezeigt worden ist, nicht möglich ist, müssen wir nach einer anderen suchen. Auch haben schon Andere vor uns dieses Bedürfniß empfunden. So Hepp[44]), dessen Ausweg nur mehr als seltsam ist. Der Grund der Entscheidung Papinian's soll der sein, daß ein Theil der dos bereits früher gezahlt sei; das dadurch dem Manne erworbene Pfandrecht erstrecke sich auch auf alle ferneren Zahlungen. Eine andere Meinung[45]) geht dahin, Papinian betrachte den Mann als schon zur Zeit der Verpfändung wirklichen Schuldner der ganzen dos, weil er deren Restitution versprochen habe. Aber verpflichtet ihn dieses Versprechen ohne Empfang? Entweder hat er ohne Stipulation versprochen, oder auch durch Stipulation das zu Em-

ter. Dans ce dernier cas la condition est vraiment et à proprement parler potestative. Dans l'autre elle n'a pas moralement ce caractère." Doch berichtet er, daß das Parlament von Flandern am 9. Juli 1703 gegen den Procurator entschieden habe, für ihn zwar das Parlament von Paris — chambre des enquètes — im Jahr 1672, dagegen dasselbe Parlament — classibus unitis et par forme de règlement — am 19. Juni 1674 ihm den Vorzug nur für seine Auslagen, nicht auch für sein Honorar habe geben wollen; welche gewiß ganz unjuristische Entscheidung dann Merlin wieder billigt, weil dadurch die Procuratoren abgehalten würden, ihre Clienten zu Prozessen zu verleiten.

44) Archiv für civilist. Praxis X. S. 288 ff.

45) Sintenis Pfandrecht S. 364, pract. gem. Civilrecht I. §. 74. Note 2. Anfangs war auch Hepp derselben gewesen, in seiner „dissertatio qua inquiritur ex quo tempore hypotheca bona debitoris efficiat, Lipsiae 1825", deren Recensent, Zimmern (Schunk'sche Jahrbücher II. S. 246 ff.), sie ebenfalls billigt. Zurückgenommen hat sie Hepp in dem genannten Aufsatze im Archiv S. 285, vgl. 287.

pfangende, — in beiden Fällen ist er gar nicht verpflichtet; oder er hat durch Stipulation das Empfangene versprochen, dann ist er durch eine doli exceptio geschützt. Wie hätte auch Papinian als Grund seiner Entscheidung angeben können, daß der Besteller der dos sie zahlen müsse, wenn er geglaubt hätte, daß das bloße Versprechen hinreiche, den Verpfänder zum sofortigen Schuldner zu machen? Also auch dieser Gedanke ist aufzugeben. Aber er führt auf den richtigen Weg. Allerdings sieht Papinian den Mann als schon zur Zeit der Verpfändung wirklichen Schuldner der ganzen dos an, aber nicht weil er die Restitution der ganzen versprochen hat, sondern weil er die ganze dos bereits hat. Die dos promissa ist bereits dos, auch die dotis promissio ist eine Form der constitutio dotis. Diese Idee ist nicht neu.[46]) Mit Unrecht hat sich Hepp gegen sie erklärt.[47]) Allerdings sei, sagt er, die dos promissa der dos soluta gleich; aber nur im Verhältniß des Ehemannes zu der Ehefrau und deren Erben, nicht aber im Verhältniß des Ersteren zu Dritten. Aber seine Auffassung ist hier zu enge. Allerdings wird es in den Quellen hauptsächlich für den Fall, wo die dos an die Frau oder deren Erben fällt, hervorgehoben, daß auch das von dem Manne aus der dotis promissio erworbene Forderungsrecht nach Dotalgrundsätzen zu behandeln sei, der Mann dafür einzustehen habe, wenn er es durch seine Schuld verloren oder zu einem nicht realisirbaren habe werden lassen[48]); aber wa-

46) Mayer in einer Recension der in der vorigen Note genannten Hepp'schen Dissertation in der Tübinger kritischen Zeitschrift II. S. 82, Puchta Pandekten §. 210, Note 6, Huschke Gießener Zeitschrift XX. S. 155.

47) Archiv X. S. 286.

48) L. 41. l. 44. §. 1. D. sol. matr. 24. 3., l. 33. 49. D. de I. D. 23. 3. Die cit. l. 41. lautet: „Si pater ignorans filiam divertisse, dotem ex causa promissionis numeravit, non per indebiti condictionem, sed de dote actione pecunia petetur". Das will sagen: non per indebiti condictione ab ipso, sed dote actione a filia. Denn freilich, wäre die dos an den Vater gefallen, so würde er auch die indebiti condictio haben, weil er der Klage aus seinem Versprechen eine doli exceptio hätte entgegensetzen können.

rum sollte das bloß für diesen Fall gelten? Etwa wegen des der Frau zur Seite stehenden favor dotis? Aber auf den favor dotis stützen sich die Entscheidungen der in der Note 48 genannten Stellen nicht im Mindesten. Auch wird in l. 33. D. sol. matr. 24. 3. ausdrücklich gesagt, daß auch für den Dritten, an den die dos kraft besonderen Vertrags falle, die dos promissa dos sei. Will man darnach noch ein spezielles Zeugniß dafür auch für den Fall verlangen, wo ausgemacht worden ist, daß die dos an den Besteller zurückfallen solle? Freilich muß das Dotalversprechen ein bindendes sein, wenn es eine dos machen soll. Deßwegen leitet Papinian seine Entscheidung mit den Worten ein, „cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem qui dotem promisit compellitur", und weist überdieß noch einen möglichen Zweifel gegen die zwingende Kraft des Versprechens zurück.[49]) Zu restituiren aber braucht natürlich der Mann nach Beendigung der Ehe nur, was er wirklich hat; hat er also die dos nicht eingezogen, nur seine obligatio.

Nun wird man aber vielleicht sagen: gut; aber fallen deswegen weniger die Creditypothek und die übrigen ihr gleichstehenden Hypotheken in den Bereich der l. 1. pr. cit., und ist nicht gerade dadurch, daß man sie faßt, wie in derselben die Hypothek des Dotalbestellers gefaßt wird, auch die gesuchte Rechtfertigung für ihren Vorzug gefunden?[50]).

---

49) Eine andere Frage ist es, ob, wie Sintenis a. a. O. will, auch angenommen werden müsse, daß Papinian mit den Worten „contractae obligationis" („non utique solutionum observanda sunt tempora sed dies contractae obligationis") die Obligation des Mannes habe bezeichnen wollen. Möglich ist das; dann ist der Satz so zu fassen: es muß nicht auf die Zeit der Zahlung, sondern auf die Zeit, wo die Obligation wirklich kontrahirt worden ist, welches eben eine andere ist, gesehen werden. Jedoch weiß ich nicht, ob nicht diese Auffassung zuviel in die Worte hineinträgt. Und nothwendig ist sie für die Erklärung, welche hier geltend gemacht wird, nicht. Papinian kann sehr wohl auch die Obligation des Mannes durch die Nennung der Obligation des die dos Versprechenden, eben weil diese jene unmittelbar erzeugt, haben bezeichnen wollen.

50) Es ist auch wirklich diese Idee den Vertheidigern des Vorzugs

So scheinbar das ist, so leicht ist darauf zu antworten. Ich richte meine Rede unmittelbar nur auf die Credithypothek; die Verallgemeinerung des Gesagten ist leicht. Der Creditnehmer ist nicht sofort Gläubiger des Creditgebers, wie der Ehemann der des dotis promissor; er kann sich nur zum Gläubiger desselben machen. Freilich bedarf es dazu nur einer Forderung von seiner Seite; aber diese Forderung ist eben auch nöthig. [51]) Er ist nicht unbedingter, er ist bedingter Gläubiger. [52]) Freilich ist die Bedingung seines Gläubigerseins nur sein eigener Wille; aber deswegen ist er nicht weniger unter einer wahren und eigentlichen Bedingung Gläu-

---

der Credithypothek wenigstens nicht ganz fremd geblieben. Sie mischt sich mit der Idee des zweiseitigen Vertrages in der Abhandlung von Sirey und dem Urtheile des Appelhofes von Lüttich vom 28. Juni 1823, die in den Noten 31 und 32 citirt worden sind. In jener kommen Aeußerungen vor, wie diese: „cet acte (wodurch sich Jemand verpflichtet hatte, Wechsel, die ein Anderer auf ihn ziehen würde, zu bezahlen) équivaut à une acceptation de lettres de change," und: „le credit ouvert est une valeur commerciale dans toute la force du mot." Siehe auch die folgende Note. — Gegen diese Idee hat sich das Urtheil des Appellationsgerichtshofes zu Cöln vom 7. April 1841 (Rhein. Archiv XXXI. 1. 21) erklärt.

51) Das hat, worauf schon oben hingedeutet wurde, bereits die Abhandlung im Rheinischen Archiv Bd. XXVIII. richtig erkannt. Nichtsdestoweniger ist auch ihr die Idee nicht fremd, daß dem Creditgeber deswegen der Vorrang gebühre, weil schon zur Zeit der Verpfändung der Creditnehmer etwas aus seinem Vermögen gehabt habe; auch ihr mischt sich diese Idee mit der des zweiseitigen Vertrages, oder vielmehr diese letztere schlägt ihr in jene um. Man erinnert sich aber, daß die Abhandlung auch der potestativen Bedingung rückwirkende Kraft zuschreibt. So wird ihr der Creditnehmer durch die Forderung des Vorschusses Gläubiger (also auch Schuldner) von Anfang an.

52) Anders, wenn der Creditgeber dem Creditnehmer acceptirte Wechsel an eigene Ordre übergeben hat, wie in dem von dem Oberappellationsgericht zu Lübeck entschiedenen Fall bei Heise und Cropp II. S. 424 f. Denn der acceptirte Wechsel an eigene Ordre ist für den Trassanten gleich einem eigenen Wechsel des Trassaten; derselbe ist sogleich Schuldner, und wird es etwa nicht erst durch die Begebung des Wechsels. Thöl Handelsrecht §. 447, Heise und Cropp II. S. 36—41.

biger. Will man dafür noch das Zeugniß des römischen Rechtes? Wenn Jemand legirt worden ist, si voluerit, so soll auf seine Erben nichts übergehen, wenn er nicht vor seinem Tode den Willen erklärt habe, das Legat haben zu wollen.[53]) Also vorher hatte er nichts. Und dasselbe wird für die Stipulation gelehrt.[54])

Also[55]) auch dieser letzte Weg führt am Ziel vorbei. Es bleibt dabei: spricht man der Potestativbedingung über-

---

53) L. 65. §. 1. D. de leg. 1. 30, l. 69. D. de cond. 35. 1.

54) L. 48. D. de V. O. 45 1. „Si decem, cum petiero, dari fuero stipulatus, admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur et quasi sine mora, quam conditionem habet stipulatio, et ideo, licet decessero prius, quam petiero, non videtur defecisse conditio." Anders also, wenn der Wille des Gläubigers in der That als Bedingung erfordert worden war. Nach seinem Tode kann sie dann nicht mehr erfüllt werden — defecit.

55) Demjenigen, was Huschke und Sintenis gegen die Beziehung der l. 1. pr. qui potiores auf denjenigen, der ein Darlehn versprochen hat, geltend machen, möchte ich mich nicht anschließen. Huschke, (Gießener Zeitschr. XX. S. 156) beruft sich darauf, daß derselbe nur zu einem facere, dem Abschluß des Vertrages, nicht aber zum Geben einer Summe Geldes verpflichtet sei. Aber wird nicht dieser Vertrag gerade dadurch abgeschlossen, daß eine Summe Geldes gegeben wird? — Aber zu einem facere kann Niemand gezwungen werden, antwortet Huschke, und mit ihm Sintenis (Pfandrecht S. 359, pract. gem. Civilrecht §. 74 Note 2, vergl. §. 68 Note 13), indem sie auf l. 68. D. de V. O. 45. 1. („Quodsi ita stipulatus fuero: pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest") hinweisen. Ich erwidere: ist deswegen der Schuldner weniger verpflichtet (natürlich abgesehen von dem im Texte geltend gemachten Grunde)? Und wenn er nun seine Verbindlichkeit erfüllt, darf ihm dann gesagt werden: du hättest dich hinter die Ohnmacht des Gesetzes, dich zur Erfüllung zu zwingen, zurückziehen sollen? Sodann glaube ich aber auch, daß jene Stelle des römischen Rechts für uns nicht mehr maßgebend ist. Warum wäre nicht Exekution auf die zu gebende Geldsumme in diesem Falle ebenso gut möglich, wie in jedem anderen? Daß, wenn der Versprechende in Folge derselben in der That gibt, er nicht schlechthin gebe, sondern eben als Darlehn, d. h. den Darlehnsvertrag abschließe, dafür braucht der Richter nicht zu sorgen.

haupt die rückwirkende Kraft ab (erklärt man den Willen bei derselben für ungebunden), so muß man das auch in dem Fall anerkennen, wo ein Pfandrecht für eine Obligation bestellt worden ist, zu deren Contrahirung der Besteller den Empfänger zwingen kann. Auch haben sich vor dieser Consequenz von jeher weder Bearbeiter des römischen Rechtes gescheut,[56] noch was das französische Recht angeht, Autoritäten, die so schwer in die Wagschaale fallen, wie die von Merlin,[57] Touillier,[58] Troplong[59]. Das nicht reflectirende Rechtsgefühl wird sich immer dagegen sträuben. Dasselbe wird nie die Unbilligkeit zu verwinden vermögen, die es darin findet, daß Einer über das Vermögen des Andern disponiren, und ihm die dafür bestellte Sicherheit verbringen könne. So hat denn auch die französische und rheinpreußische Praxis sich fast ohne Schwanken für den Vorzug der Credithypothek entschieden.[60] Nun bin ich zwar

---

56) Sie sind bei der Besprechung der l. 1. pr. qui pot. genannt worden. Vergl. außerdem ein von Voet (ad tit. D. qui pot. §. 30.) angeführtes „responsum Jurisconsultorum Hollandiae" in Betreff des Ranges einer für künftig zu liefernde Waaren bestellten Hypothek.

57) Questions m. hypothèque §. 3.

58) VI. n. 546.

59) Hypothèques §. 470—480. — Für den Vorzug der Credithypothek ist noch Zachariae (Handbuch II. §. 266. Note 28), jedoch zweifelnd und ohne Angabe von Gründen.

60) Unter den französischen Urtheilen kenne ich keines, welches sich gegen denselben entschieden hätte. Unter den rheinpreußischen steht das des Appellationsgerichtshofes zu Cöln vom 28. Juni 1838, welches ausspricht, daß jedes für eine künftig zu contrahirende Schuld bestellte Pfandrecht erst von der Zeit der wirklichen Existenz der Schuld datire, allein da. Im Rhein. Archiv (XXVII. 1. 166) sind die Gründe dieses Urtheils nicht mitgetheilt. Das Urtheil desselben Gerichtshofes vom 25. Januar 1837 (Rhein. Archiv XXV. 1. 166) bezieht sich auf einen Fall, in dem auch der Creditgeber nicht gebunden war. — Der von P. F. Reichensperger im amtlichen Auftrag ausgearbeitete Entwurf einer Abänderung des französischen Hypothekenrechtes für die preußische Rheinprovinz (Cöln 1851) will den Vorzug der Credithypothek ausdrücklich im Gesetze ausgesprochen wissen. Auf eine juristische Rechtfertigung desselben hat er ver-

sehr weit davon entfernt, den Satz aufzustellen, daß man einem Rechtsgefühle Rechnung tragen solle, auch wenn man es juristisch nicht rechtfertigen könne. Und ich würde mich, wenn ich der Meinung wäre, daß sich dasjenige, welches sich hier geltend macht, nicht rechtfertigen ließe, nicht scheuen, dem Gläubiger zu sagen, daß er selbst das Harte verschulde, was er erleide, indem er von einem Contracte erwartet habe, was derselbe, seiner juristischen Natur nach, zu leisten nicht im Stande sei. Aber verachten soll der Jurist die Rechtsgefühle auch nicht. Häufig trifft auch das nicht reflectirende Gefühl das Wahre. Es darf nicht Maaß des Wahren sein wollen, aber es kann das Wahre enthüllen. So gereicht es vielleicht dem Satze, den ich in dieser Abhandlung vertheidigt habe, zur Empfehlung, daß es dem Rechtsgefühle, mit dem wir es hier zu thun haben, die Versöhnung entgegenbringt. Nach demselben ist allerdings dem Gläubiger, der zum Gläubigerwerden gezwungen werden konnte, ein nicht mehr zu verkümmerndes Pfandrecht zuzusprechen; nur nicht ihm allein, sondern ebenso auch dem, der dazu nicht gezwungen werden konnte. Jenes Gefühl hat also das Wahre nur zu enge gefaßt; es hat sich begnügt, es für den Fall auszusprechen, in welchem das Gegentheil auffällige Folgen haben würde.[61])

Ich muß es als möglich ansehen, daß ich nicht Alle überzeugt habe. Für diejenigen, die weder geneigt sein sollten, die Wirkung der erfüllten Potestativbedingung der jeder anderen gleichzusetzen, noch den Vorzug der Hypothek dessen, der zum Gläubigerwerden gezwungen werden konnte, aufzugeben, schreibe ich noch das Folgende. Nur in einem Falle läßt sich von ihrem Standpunkte dieser Vorzug rechtfertigen.

---

zichtet. Die Gründe, welche er dafür geltend macht (S. 90. 91); — das Bedürfniß des Handels, sodann, daß der spätere Contrahent die in der Inscription bezeichnete Creditsumme als erschöpft ansehen müsse, haben auch nur für den Gesetzgeber Werth.

61) S. jedoch das in der Note 35 genannte Urtheil des Appelhofes von Paris vom 30. März 1842.

Aber, wohlgemerkt, nicht deswegen, weil in demselben die für die Potestativbedingung überhaupt aufgestellte Regel in der That eine Ausnahme erlitte, sondern weil sie durch ein anderes Princip, welches in demselben Platz greift, beseitigt werden würde. Es ist das der Fall, wo derjenige, welcher nach der Verpfändung an der Sache ein Recht erwirbt, von der Verpfändung weiß. Kein Zweifel, daß der Verpfändende, wenn er auch dem Gläubiger ein nicht mehr zu verkümmerndes Pfandrecht nicht verschafft hat, doch erklärt hat, daß er ein solches haben solle; kein Zweifel also, daß er dolos handelt, indem er es dennoch verkümmert; und an diesem dolus participirt derjenige, der wissentlich ein das Pfandrecht verkümmerndes Recht erwirbt. Daher kann er es, wenn es auch dem Pfandrecht vorgeht, demselben gegenüber nicht geltend machen; eine doli exceptio weist ihn zurück.[62]) Bei den Einrichtungen nun, welche heutzutage in Beziehung auf die Bekundung der Pfandrechte fast überall bestehen, wird es selten vorkommen, daß Jemand, der an einer Sache ein Recht erwirbt, von einer in Beziehung auf sie geschehenen Verpfändung nicht weiß, und dadurch ist denn

62) Eine ganze analoge Entscheidung gibt l. 9. §. 3. D. qui pot. 20. 4. Zwar handelt es sich in dem Falle dieser Stelle nicht von einer Verpfändung, die erst noch ein Anderes erwartet, um ein Pfandrecht hervorzubringen; aber doch auch von einer, obgleich unwirksamen, dennoch von dem Verpfänder anzuerkennenden — Verpfändung durch den Nichteigenthümer. Disponirt der nun, nachdem er Eigenthümer geworden ist, über die Sache weiter, so soll der Erwerber die Verpfändung zwar im Uebrigen nicht, wohl aber dann anerkennen müssen, wenn er von derselben gewußt habe.

63) Man könnte diesen Gesichtspunkt noch weiter ausbeuten und sagen wollen: hat auch der spätere Erwerber das Hypothekenbuch nicht gefragt, so hätte er das doch thun können, und deswegen muß er auch als ignorans sich vor der früheren Verpfändung beugen. Aber das wäre zu weit gegangen. Bei der Eigenthümlichkeit des ganzen Verhältnißes würde eine Verpflichtung, an die Möglichkeit seines Bestehens zu denken, gewiß nicht behauptet werden dürfen. Freilich hätte der spätere Erwerber an diese Möglichkeit in der That gedacht, und die Recherche nur deswegen unterlassen, um nicht von seinem wirklichen Bestehen zu erfahren, und da-

die Tragweite der ganzen Streitfrage, — nur nicht auch ihr juristisches Interesse, — bedeutend vermindert.[63])

# IV.

## Ueber das Normiren des Beweises eines rechtlichen Zustandes, und den Einfluß der Klagebegründungsart auf die Gestaltung des Civilprozesses.

Von

Herrn Dr. T. Brackenhoeft,

Privatdocenten in Heidelberg.

### Inhaltanzeigendes Vorwort.

Der rechtliche Zustand, als ein besonderer wissenschaftlicher Rechtsbegriff aufgefaßt, wird noch nicht als eine geläufige Vorstellung angesehen werden dürfen. Die Frage ferner: in welcher Art der Beweis desselben zu normiren ist? berührt Auffassungen bald obligationsartiger bald prozessualischer Elemente, die gleichsam als versunken anzusehen sind; auf die einzutreten man aber bei der Erörterung des Stoffes dieser Frage nicht umhin kann, wenn man sich nicht damit begnügen will, ihr Resultat allein auf äußere Merkmale zu stützen, sondern vielmehr den Nachweis der inneren Nothwendigkeit zu unternehmen, für erforderlich hält. Dann führt aber die Behandlung dieser Frage unabweislich auf die Erörterung der Klagebegründungsart und ihres Einflusses auf

---

durch in dolus versetzt zu werden, so würde man mit Recht sagen, daß er schon dadurch in dolus sei. — Auch das würde man nicht sagen dürfen, daß der spätere Erwerber auch dadurch in dolus komme, daß er nachher von der früher geschehenen Verpfändung erfahre, was wieder nichts anderes heißen würde, als daß jeder Rechtsstreit gegen ihn entschieden werden müsse. Auch nur in dem wissentlichen Erwerbe, nicht in der Geltendmachung eines die Verpfändung beeinträchtigenden Rechtes würde man einen dolus zu erkennen haben.